



Homosexualité et migration, Droit au séjour et couple homosexuel

Christel Cournil

► To cite this version:

Christel Cournil. Homosexualité et migration, Droit au séjour et couple homosexuel. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2004, 2, pp.1039-1052. halshs-01094246

HAL Id: halshs-01094246

<https://shs.hal.science/halshs-01094246>

Submitted on 11 Dec 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Homosexualité et migration, Droit au séjour et couple homosexuel

Depuis 1974 et la fermeture des frontières françaises à l'immigration économique, seul le droit d'asile¹ et l'immigration familiale permettent aux étrangers d'être légalement admis sur le territoire français. L'immigration familiale est organisée principalement par la procédure du regroupement familial qui autorise l'accueil de la famille du ressortissant étranger séjournant en France.

Le regroupement familial a toujours été défini limitativement par le législateur. C'est sur la base d'un standard « majoritaire et dominant »², « d'une normalité » de la définition de la « famille » que s'est fondé le législateur, pour définir les bénéficiaires du regroupement familial. C'est la conception de la « famille » communément admise en France ou « *culturellement acceptable par la nation* »³ qui pousse le législateur français à poser une étroite définition des membres de la famille admissibles au regroupement familial. De ce fait, les bénéficiaires du regroupement sont le conjoint marié et leurs enfants mineurs. Aucune admission des concubins, des partenaires en union libre ou des partenaires de même sexe n'est possible au titre du regroupement familial. Seuls les « conjoints institutionnalisés » sont autorisés à bénéficier du regroupement familial. Cette approche traditionnelle du « couple hétérosexuel » exclut par conséquent, un certain nombre d'autres relations de couple, en particulier les couples homosexuels. En se limitant à une approche de la « famille normale »⁴, le législateur ne tient aucun compte des changements sociaux et des conceptions « nouvelles » de la « famille ».

Derrière cette conception restrictive de la famille se cache, par ailleurs, un désir de l'État de limiter les entrées légales sur le territoire. Cette absence de prise en compte des couples non mariés traduit aussi une volonté politique de limiter l'immigration légale.

Toutefois, avec l'instauration du pacte civil de solidarité (PACS)⁵, une forme nouvelle de couple est s'institutionnalisée. Pour la première fois en France, le « couple homosexuel » est légalement reconnu. Devant ce changement et cette innovation du droit, il est opportun de s'interroger sur la place de cette loi relative au PACS face au droit de l'immigration familiale. Apporte-t-elle des ouvertures en terme de droit au séjour pour l'étranger « pacsé » qui désire faire venir son partenaire de même sexe ?

Face à cette question, le législateur français s'est montré particulièrement frileux, il n'a pas modifié les bénéficiaires du regroupement familial après l'adoption de la loi relative au PACS en 1999⁶. Les changements vont peut être avoir lieu grâce au droit communautaire de l'Union européenne. Avec la « communautarisation » de la politique migratoire, les avancées

¹ Les persécutions liées à la transsexualité d'un étranger entraînent la reconnaissance de la qualité de réfugié sur la base de l'appartenance à un groupe social, CE 23 juin 1997 *Ourbih*, req. 171858. Il semble que le Conseil d'État reconnaisse aussi la qualité de réfugié aux persécutions d'homosexuels appartenant à un groupe social. CE 12 mai 1999 *Djellal*. MÉCARY C., « Les droits des homosexuel/les », *QSJ*, N° 3367B, 3ed. 2003, p. 28.

² LOCHAK D., « Égalité et différences : réflexion sur l'universalité de la règle de droit », in *Homosexualité et droit*, (sous la direction de BORILLO D.) PUF, Paris, 1998, p. 40 et s.

³ MILLARD E., *Famille et droit public recherche sur la construction d'un objet juridique*, éd. LGDJ, bibliothèque de droit public tome 182, Paris, 1995, p. 151. et s.

⁴ LENOIR R., « Le familialisme et le PACS », in *Au delà du PACS, l'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité* (sous la direction de BORILLO D. et FASSIN E.) , PUF, Paris, octobre 2001, p. 52 et s., p. 52 et s.

⁵ Loi du 15 novembre 1999 N° 99-944, JO 16 novembre 1999, p. 16959. Débats Sénat, 17 et 19 mars, Assemblée Nationale, 330, 31, 1^{er} avril.

⁶ *Ibid.*

juridiques des États membres montrent une possible extension de la définition « du couple admissible » au regroupement familial. Les travaux préparatoires ont soulevé la possibilité d'inclure « les couples non mariés », donc les partenaires homosexuels étrangers, dans la définition communautaire des bénéficiaires du regroupement familial (I).

Outre l'admission au regroupement familial, il existe une autre alternative pour être admis au séjour. Celle-ci est prévue par l'article 12 *bis* 7 de l'ordonnance de 1945 relative au statut général de l'étranger. Cet article permet d'accorder la carte de séjour temporaire *mention vie privée et familiale* valable un an, après un examen de la vie privée et familiale du ressortissant étranger. Cette carte est une récente innovation instituée par la loi Chevènement⁷ de 1998. Cette nouveauté n'est que la traduction des conséquences de la jurisprudence⁸ de la Cour européenne des droits de l'Homme et plus particulièrement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme⁹. Cet article 8 de la CEDH apparaît comme une protection subsidiaire de la vie privée et familiale de l'étranger, et ce, à côté du regroupement familial. Cette protection subsidiaire est précieuse : -elle s'est avérée être une arme efficace pour les étrangers menacés d'expulsion ou de reconduite à la frontière. Ils peuvent invoquer l'article 8 pour faire annuler une mesure d'éloignement. -Elle a permis également d'annuler des refus de titre de séjour ou des refus de visa qui portaient atteinte à la vie privée et familiale de l'étranger.

Le juge administratif est l'autorité normalement compétente quant à l'application de cette protection subsidiaire. Il est devenu aujourd'hui le gardien de la bonne application de l'article 8 de la CEDH sur le statut interne de l'étranger. L'utilisation de ce principe européen lui a permis d'élaborer sa propre approche du concept de « la vie privée et familiale ». C'est ainsi qu'il a pu élargir la conception de « la vie privée et familiale » de l'étranger puisqu'il a fait une place aux relations homosexuelles.

Peu après l'adoption de la loi relative au PACS, le juge administratif a eu en effet à se prononcer sur la « vie privée et familiale » de deux ressortissants étrangers de même sexe ayant conclu un PACS¹⁰. La conclusion d'un PACS a donné l'occasion au juge administratif d'examiner les relations homosexuelles des étrangers au regard du droit de séjour ou contre des mesures d'éloignement. En conséquence, les relations homosexuelles sont envisagées dans l'analyse de la vie privée et familiale de la protection subsidiaire de l'article 8 de la CEDH (II).

I/ Les avancées communautaires : l'admission « des partenaires non mariés » au titre du regroupement familial

Les avancées juridiques communautaires prévoient la faculté d'inclure les « partenaires non mariés », donc les relations homosexuelles, dans les catégories d'étrangers admissibles au regroupement familial (A). Les premiers travaux préparatoires des États membres témoignaient d'ambitieuses avancées juridiques, pourtant la directive relative au regroupement familial adoptée

⁷ Loi N° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

⁸ CEDH *Moustaquin c/ Belgique*, 18 février 1991, série A, N° 193, *Berrehab c/ Pays Bas*, 21 juin 1988, N° 00010730/84, série A N° 138.

⁹ Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale (...) ».

¹⁰ CE 28 avril 2000 *Préfet des Alpes maritimes c / M. Maroussitch* req. N° 208925 et CE 28 juillet 2000, *Préfet de police c / M. Diaz Grozco* req. N° 212729.

le 22 septembre 2003¹¹ marque un net recul. Les négociations entre pays membres ont souffert des aléas de la politique et de l'économie des différents États européens (B). Au final, la directive prévoit la simple « possibilité » d'inclure les partenaires non mariés dans les bénéficiaires du regroupement familial. Il ne s'agit pas là d'une obligation pour les États membres mais d'une alternative laissée à leur appréciation. Ceci amoindrit les espoirs de voir inclure les partenaires non mariés dans les droits nationaux. Seul l'opportunisme politique conduira certains États membres à introduire cette nouveauté dans leur droit interne (C).

A/ Apports des travaux préparatoires : les partenaires homosexuels, nouveaux bénéficiaires du regroupement familial

L'immigration familiale a toujours été une importante préoccupation dans le travail des États membres. La prise en compte de la politique familiale de l'immigration a débuté dès l'adoption du Traité de Maastricht. Le 30 juin 1993, les États membres ont tenté un premier effort avec l'adoption d'une résolution¹². Cette résolution tendait à harmoniser, au plan européen, les possibilités de réunion des familles étrangères. Cet instrument ne disposant d'aucune valeur contraignante, il n'a servi qu'à influencer les différentes législations nationales, sans obligation de résultat. Par ailleurs, ce premier acte commun avait une approche minimale des conditions du regroupement familial puisque aucune disposition ne concernait l'admission des « couples non mariés », ou des couples homosexuels.

Depuis la « communautarisation »¹³ de la politique de l'asile et de l'immigration dans le Traité d'Amsterdam en 1999¹⁴, les États membres se sont lancés dans la préparation d'instruments législatifs contraignants sur le droit au séjour des ressortissants extra communautaires. Dés, le 1^{er} décembre 1999, un premier projet¹⁵ de directive¹⁶ assez ambitieux a vu le jour. Il marquait un tournant car il prévoyait une approche moins restrictive de la politique commune relative à l'immigration familiale.

L'article 5§1 a)¹⁷ de cette proposition de directive permettait « aux partenaires non mariés » ayant une relation durable, d'entrer en Europe par le biais du regroupement familial. Que signifiaient les termes « partenaires non mariés » pour les États membres ? Incluaient-il les partenaires homosexuels ? Aucune précision n'était donnée dans la proposition.

¹¹ Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 décembre 2003 *relative au droit au regroupement familial*, JOCE L 251/12, 3/10/2003.

¹² Résolution sur *l'harmonisation des politiques nationales en matière de regroupement familial* du 1^{er} juin 1993 adoptée à Copenhague, non publiée.

¹³ C'est une communautarisation partielle de la matière puisque les instruments relevant de l'article 63 du traité CE doivent recueillir les voix de l'unanimité des États membres pour être adoptés.

¹⁴ Entrée en vigueur du 1^{er} mai 1999.

¹⁵ L'adoption du projet par la Commission date 01/12/1999, JOCE/1999/638/final.

¹⁶ Pris sur la base de l'article 63 paragraphe 3 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE). Auparavant les questions relatives à l'immigration relevaient de la coopération intergouvernementale faisant partie du troisième pilier.

¹⁷ « *Le conjoint du regroupant, ou, le partenaire non marié qui a une relation durable avec le regroupant, si la législation de l'État membre concerné assimile la situation des couples non mariés à celle des couples mariés* ».

La conférence de presse et l'exposé des motifs¹⁸ de la Commission européenne qui ont suivi cette proposition de directive, ont répondu à ces questions. Une obligation pour les États membres d'étendre le regroupement familial aux « partenaires de même sexe » était posée. Il est regrettable que ces derniers termes n'aient pas été inscrits dans le texte même de la proposition. Cette absence s'explique sans doute par les réticences de certains pays à admettre le regroupement familial aux « couples de même sexe ». Les modifications successives de la proposition de directive relative au regroupement familial confirmeront cette hypothèse par la suite.

L'article 5§1 a) expose ensuite que : « *La disposition sur le partenaire non marié s'applique uniquement dans les États membres dont le cadre juridique assimile la situation des couples non mariés à celle des couples mariés* ». Autrement dit, l'obligation relative aux « couples non mariés » ne s'impose que s'il existe un cadre juridique interne reconnaissant cette forme de relation. Cette précision limite la portée de l'article 5 puisqu'il ne peut pas s'appliquer aux États membres qui ne disposent pas encore de cadre de reconnaissance de cette forme de couple. En France, le cadre juridique qui permet de reconnaître la situation des couples non mariés existe, grâce à la loi relative au PACS. Cette limitation ne concerne donc pas l'État français.

Pour finir, la Commission européenne impose que la preuve de la cohabitation¹⁹ du couple soit apportée et que le caractère durable de la relation soit prouvé par des témoignages dignes de foi, afin dit-elle, d'éviter les éventuels abus.

La proposition de directive étendait également le regroupement familial aux enfants mineurs²⁰ (adoptés ou non) du regroupant ou de son partenaire non marié, et aux enfants majeurs²¹ lorsqu'ils ne sont pas mariés et qu'ils ne subviennent pas objectivement à leur besoin. Ceci était particulièrement audacieux, cela revenait à reconnaître implicitement la « parentalité homosexuelle ». Autrement dit, on admettait que les couples de même sexe puissent élever ou adopter²² des enfants et les faire venir par le biais du regroupement familial (ce qui était interdit en France). La proposition reconnaissait aussi la possibilité de faire venir les ascendants²³ à charge qui n'avaient plus de soutien familial dans leur pays d'origine ; ceci est également interdit dans le droit français.

Au terme de cette analyse, il convient de remarquer combien cette première proposition de directive était audacieuse tant sur le plan de l'extension du droit au séjour pour le partenaire homosexuel que sur les autres membres de sa famille. Toutefois, faute d'accord sur ce premier essai, deux autres travaux préparatoires vont se succéder, dont le contenu est beaucoup moins ambitieux.

¹⁸ Chapitre II, Article 5§ 1. Cet article précise quels sont les membres de la famille du regroupant qui sont éligibles au regroupement (a) « *Cet alinéa concerne le conjoint du regroupant, ou son partenaire non marié, y compris le partenaire du même sexe* ».

¹⁹ « *Cette disposition n'engendre aucune harmonisation des règles nationales relatives à la reconnaissance des couples non mariés; elle permet uniquement d'appliquer le principe d'égalité de traitement. Afin d'éviter d'éventuels abus, les partenaires non mariés doivent être liés par une relation durable, ce qui peut être démontré au moyen de la preuve de la cohabitation ou de témoignages dignes de foi* ».

²⁰ Article 5 § 1 b) et c).

²¹ Article 5 §1 e).

²² Le Conseil d'État a interprété très restrictivement les dispositions sur l'adoption demandée par un homme ayant un partenaire de même sexe, CE 9 octobre 1996, *Département de Paris*, Req. N° 22766, la Cour européenne a aussi refusé l'adoption à un couple homosexuel, CEDH 26 février 2002 *Fretté c/ France*., POIROT-MAZERES I., « De la gay Pride ... au Palais-Royal A propos des refus d'agrément à l'adoption opposés aux homosexuels », *AJDA* 2002, p. 401.

²³ Article 5 §1 d).

B/ Des travaux préparatoires « sous influence »

Le consensus étant impossible sur la première proposition de directive, les États membres ont élaboré un deuxième projet de directive. Cette seconde proposition²⁴ adoptée en 2000 a confirmé globalement les avancées juridiques concernant les partenaires non mariés. Cependant, le texte du projet ne contient pas explicitement les termes de « partenaires de même sexe », seule demeure la formule « partenaire non marié ».

En raison de ses ambitions, cette deuxième proposition de directive n'a pas non plus été adoptée. Les oppositions de certains États membres s'expliquent pour partie par la conception traditionnelle de la « famille » dans les pays de fortes cultures catholiques. Ainsi, les pays du Sud²⁵ de l'Europe se sont montrés particulièrement hostiles à l'admission des partenaires de même sexe. Ils ont beaucoup discuté cette définition extensive du « conjoint ». Elle semblait trop éloignée de leur législation. La proposition de directive du 10 octobre 2000 a donc été « remodelée » pour laisser place à une troisième proposition.

Une seconde explication justifie l'absence d'accord sur le deuxième projet de directive et l'élaboration d'un troisième : les événements du 11 septembre 2001 et le ralentissement économique qui a suivi, ont modifié les orientations de la politique européenne d'immigration. Admettre les partenaires non mariés, leurs enfants et leurs ascendants à charge, implique une augmentation conséquente de l'immigration légale. Tout ceci a poussé la Commission européenne à rédiger, en 2002, une troisième proposition de directive, très restrictive au regard des deux premières et ce, dans l'espoir que cette dernière version soit adoptée le plus rapidement possible.

L'échec de la deuxième proposition de directive et l'élaboration d'une troisième s'expliquent par la diversité des législations concernant les bénéficiaires du regroupement familial dans les différents États membres. Face à cette difficulté, la Commission européenne a choisi d'opter pour une « harmonisation vers le bas » contrairement aux précédentes propositions. Autrement dit, à défaut d'accord rapide sur les deux premiers projets de directives, la Commission a préféré les sacrifier au profit d'un troisième projet ne retenant que les points communs des différentes législations des États membres. Il est évident que cette « harmonisation au rabais » témoigne des réticences des États membres à changer leurs législations sur un domaine touchant directement leur souveraineté nationale, telle que l'entrée d'une catégorie nouvelle d'étrangers sur le territoire.

Cette troisième proposition²⁶ de directive apparaît donc comme un véritable texte de compromis. Cette volonté consensuelle se retrouve, en partie, dans la définition des bénéficiaires du regroupement familial et notamment des partenaires non mariés. En effet, la Commission européenne a transformé l'obligation d'inclure les partenaires non mariés, posée par la proposition de 1999 et celle de 2000, en une simple faculté proposée aux États membres.

Par conséquent, la troisième proposition instaure le droit au regroupement familial au seul conjoint²⁷ marié au « regroupant ». La possibilité de faire venir « *le partenaire non marié qui a*

²⁴ La seconde proposition de directive a été adoptée le 10/10/2000, Com/2000/624/ final du 10/10/2000, bull. 10-2000/1.4.2.

²⁵ Cf. les différents droits comparés sur les avantages délivrés aux droits homosexuels, MÉCARY C., *op. cit.*, p. 117 et s.

²⁶ Proposition modifiée de directive du Conseil relative au droit au regroupement familial, Bruxelles, le 2/05/2002, COM (2002) 225 final.

²⁷ Article 4 1) a).

une relation durable »²⁸ devient une simple éventualité offerte aux États qui souhaitent élargir les catégories de bénéficiaires du regroupement familial. La nouvelle proposition est donc moins exigeante quant à ce type de bénéficiaires ; c'est là le résultat des divergences rencontrées dans les discussions.

Cette troisième proposition semble avoir atteint son principal objectif puisqu'un accord politique a abouti, assez rapidement, le 28 février 2003. Cet accord politique marque la fin d'un long et difficile processus de négociations, il annonce l'instauration du premier instrument législatif communautaire sur l'immigration familiale.

C/ La directive relative au regroupement familial et les faibles espoirs de transposition en France

La directive a été finalement adoptée le 22 septembre 2003 ; elle précise que les États membres peuvent autoriser l'entrée et la résidence du partenaire non marié d'un étranger, avec lequel il a une relation durable et stable dûment prouvée ou enregistrée²⁹. Ce choix laissé aux États membres de faire venir les partenaires non mariés sera-t-il envisageable dans le droit français ? Comment le législateur français va-t-il transposer cette directive sur cette question ?

En France, l'article 29 de l'ordonnance de 1945 n'accorde le regroupement familial qu'à deux catégories : le conjoint marié et les enfants mineurs. Il écarte les unions hors mariage (les concubins et les bénéficiaires du Pacte civil de solidarité³⁰). Pourtant, la législation française reconnaît le concubinage et le PACS comme des unions alternatives en droit de la famille. A partir de là, il devient parfaitement possible pour le législateur français d'accorder le regroupement à un étranger « pacsé » ou en concubinage. Il suffirait de modifier l'article 29 de l'ordonnance de 1945 et d'accepter les autres unions à la lumière du droit au regroupement familial. Mais, la directive ne présentant pas le regroupement des partenaires non mariés comme une obligation³¹ pour chaque État, il est à craindre que la France tarde à modifier sa législation. La flexibilité de cet accord n'incitera pas tous les États et notamment la France à entreprendre des mesures qui admettent légalement de nouveaux étrangers sur le territoire commun. Le principal problème de cette flexibilité laissée aux États membres, est qu'elle aboutit à une « harmonisation à géométrie variable ». Les autorités nationales disposeront d'une initiative propre pour la mise en œuvre de la disposition sur les couples non mariés. On va aboutir ainsi à des législations très variées sur l'admission des couples non mariés.

La récente modification³² de l'ordonnance de 1945 tient compte des travaux communautaires en matière d'immigration, mais le nouveau texte est muet sur la question des couples non mariés. De surcroît, la « loi Sarkozy » a pris en compte les récentes orientations communautaires très restrictives en matière d'immigration clandestine : mesures d'éloignement

²⁸ Article 4) 3) « *Les États membres peuvent par voie législative ou réglementaire, autoriser l'entrée et le séjour au titre de la présente directive, sous réserve du respect des conditions définies au chapitre IV, du partenaire non marié ressortissant d'un pays tiers qui a avec le regroupant une relation durable dûment prouvée, ou du ressortissant de pays tiers qui est lié au regroupant par un partenariat enregistré ...* ».

²⁹ Article 4 § 3 de la directive du 22 septembre 2003.

³⁰ Loi N° 99-944 du 15 novembre 1999, article 12.

³¹ C'est une simple faculté Cf. Préambule de la directive § 10 « *Il appartient aux États membres de décider s'ils souhaitent autoriser le regroupement familial pour (...) les partenaires non mariés ou enregistrés* ». L'avis du Parlement européen rendu le 9 avril 2003 a sur ce point émis des amendements en revendiquant le droit au regroupement familial des couples non mariés et des couples de même sexe.

³² Projet de loi maîtrise de l'immigration et séjour des étrangers en France adopté le 28 octobre 2003.

prises par un autre État membre, fichiers d'empreintes digitales etc. Perdant ainsi de vue les objectifs de la directive relative au regroupement familial, l'immigration familiale, le principal volet de l'immigration légale est ainsi desservi par la lutte contre l'immigration irrégulière. Tout ceci laisse peu d'espoir sur une prochaine ouverture du regroupement familial aux couples homosexuels.

Il existe cependant une alternative au regroupement familial pour les couples homosexuels : demander la carte de séjour mention « vie privée et familiale » prévue par l'article 8 de la CEDH.

II / Les relations homosexuelles : un élément d'analyse de la vie privée et familiale de l'article 8 de la CEDH

Depuis une importante jurisprudence de 1991³³, les étrangers peuvent invoquer l'article 8 de la CEDH lorsqu'un refus de titre de séjour, un refus de visa, ou une mesure d'éloignement porte atteinte à leur vie privée et familiale.

Cette protection de la vie privée et familiale de l'article 8 de la CEDH a conduit le législateur français à instaurer une carte de séjour mention *vie privée et familiale* (12 bis 7 de l'ordonnance de 1945)³⁴. Qu'entend le législateur par la formule « la vie privée et familiale » de l'étranger ? Inclut-il les relations issues d'un couple homosexuel ? Autrement dit, l'article 8 de la CEDH conduit-il à protéger les partenaires de même sexe contre une mesure d'expulsion ou une reconduite à la frontière ? Permet-il d'octroyer une carte mention *vie privée et familiale* à des partenaires de même sexe « pacsés » ?

Pour savoir si la relation homosexuelle permet d'obtenir un titre de séjour mention *vie privée et familiale*, il faut analyser si elle entre dans la définition posée par le juge européen et par le juge administratif (A). Dans cette définition de la vie privée et familiale, le juge administratif a une vision plus large que le juge européen ; pour lui, la conclusion d'un PACS, qui officialise la relation homosexuelle, devient un élément dans son analyse du respect de la vie privée et familiale (B). Pourtant le PACS n'entraîne pas nécessairement l'attribution d'une carte de séjour mention *vie privée et familiale*. Il ne constitue qu'un paramètre positif dans le faisceau d'indices examiné pour la délivrance de cette carte. Ainsi, les conséquences juridiques du PACS se révèlent très décevantes tant sur le plan du droit au séjour que sur la protection contre l'éloignement et même sur le plan du droit de la nationalité (C).

A/ L'appréciation du principe de la vie privée et familiale et les relations homosexuelles par les juges européens et administratifs

³³ CE ass. 19 avril 1991 *Belgacem* rec. p. 152, ABRAHAM R., « Conclusion du Commissaire du gouvernement, jurisprudences du CE, 19 avril 1991, n° 107 470, M. Belgacem- n° 117 680, Mme Babas », *RUDH*, 1991, p. 242.

REYDELLET M., *LPA* 8 juillet 1991., JULIEN-LAFERRIERE F., « Note de jurisprudence, CE ass., 19 avril 1991, Belgacem et Babas », *AJDA*, 20 juillet/ 20 août 1991, p. 551., PRETOT X., *D.*, 1991, J., p. 399., RUIZ-FABRI H., « Étrangers, expulsion, droits de l'homme, jurisprudence administrative », *RA*, 1991, n° 259 264, p. 239., TURPIN D., *Revue Crit. Droit International Privée*, 1991, p. 677., NGUYEN VAN TUONG, « Commentaire de l'arrêt Belgacem et Babas, CE ass., 19 avril 1991, req. 107470 et 117680 », *JCP*, G, n° 46, 21756-21757, p. 393. , MIGNON E., « L'expulsion d'un étranger : atteinte au droit à la vie privée ou atteinte droit à la vie familiale ? », *RDE*, 1991, n° 92, p. 8-9.

³⁴ Loi N° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

Depuis peu, le juge français adopte une approche plus large de la vie privée et familiale. Ceci s'explique par son analyse « séparée » de la notion de la vie privée et de la vie familiale de l'étranger.

Jusque là, dans le contentieux des étrangers, le juge administratif adoptait la même « conception enveloppante »³⁵ du principe de la vie privée et familiale, que celle développée par la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-ci permettait de ne retenir la violation de l'article 8 que sur la base exclusive de la vie familiale de l'étranger. Ainsi, les liens privés que l'étranger avait noué ne permettaient pas à eux seuls, d'obtenir la violation de l'article 8. Or, le juge européen ne range³⁶ pas les relations homosexuelles dans la « vie familiale » ; pour lui, elles appartiennent à la vie privée des individus. A partir de là les couples homosexuels étrangers ne sont pas pris en compte dans l'analyse européenne de l'article 8 (1). L'analyse « indépendante » de la vie privée permet au juge administratif de prendre en compte les relations homosexuelles et d'accorder la protection de l'article 8 de la CEDH (2).

1) « L'approche familiale » du juge européen : *l'exclusion des relations des couples homosexuels étrangers*

Pour annuler une mesure d'éloignement ou admettre au séjour un étranger, le juge européen s'intéresse surtout aux relations familiales du ressortissant étranger et ce, même si des éléments de la vie privée l'aident parfois dans son analyse³⁷. Il a ainsi une « approche familiale » de l'article 8. Même si dans les affaires Boughanemi c./ France³⁸, Chorfi c. / Belgique³⁹, Baghli c. / France⁴⁰ et Ezzouhdi c./ France⁴¹, la Cour a analysé successivement les questions de l'atteinte à la vie privée⁴² et à la vie familiale de l'étranger, elle ne retient pas pour autant une approche autonome⁴³ des concepts.

³⁵ LEVINET M., « L'éloignement des étrangers délinquants et l'article 8 de la CEDH », *RTDH*, janvier N° 37, 1999, p. 89-118.

³⁶ LEVINET M., « Couple et vie familiale », in *Le droit de la vie familiale au sens de la CEDH, Actes du Colloque du 22 et 23 mars 2002*, (SUDRE F., sous la direction de), Bruylant, 2002, p. 107-160. Voir spécifiquement « *l'improbable vie familiale des couples homosexuels devant la CEDH* », p. 142-158. L'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe s'est préoccupée du traitement particulier des couples homosexuels migrants. Cf. (recommandation 1470 du 30 juin 2000 du Conseil de l'Europe sur la situation des gays et lesbiennes et leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les États membres).

³⁷ Sur la « confusion conceptuelle vie privée et familiale » voir : SUDRE F., « « La construction » par le juge européen du droit au respect de la vie familiale », in *Le droit de la vie familiale au sens de la CEDH, Actes du Colloque du 22 et 23 mars 2002*, (SUDRE F., sous la direction de), Bruylant, 2002, p. 29 et s.

³⁸ CEDH *Boughanemi c./ France*, 24 avril 1996, rec. 1996, p. 593, § 42 (la vie privée sociale)

³⁹ CEDH *Chorfi c. / Belgique* 07 août 1996.

⁴⁰ CEDH *Baghli c/ France* 30 novembre 1999.

⁴¹ CEDH *Ezzouhdi c./ France* 13 février 2001.

⁴² A cet égard voir les critiques de la doctrine relative à l'absence de l'utilisation de la vie privée dans le contentieux des étrangers : CARLIER J.-Y., « Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés ?, commentaire de l'arrêt Beldjoui c. France, CEDH, 26 mars 1992 », *RTDH*, 1993, p. 449., LABAYLE H., « L'article 8 de la CEDH et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale », in *Colloque de Lyon, 1997*, (Sous la direction de) FULCHIRON H.; *Les étrangers et convention européenne et sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, éd. LGDJ, Paris, 1999, p. 92-93.

⁴³ Pour l'annulation des mesures d'éloignement, le juge européen retient le fondement enveloppant de « vie familiale », et ce, même si les liens rentrent plutôt dans la « vie privée » de l'étranger. Sur ce point, voir les analyses de SUDRE F. : d'un part on assiste au « glissement » de l'analyse de la « vie privée » vers la « vie privée et

Le juge européen a, d'abord, retenu une conception stricte de la « famille », il ne reconnaissait que la seule famille légitime. Depuis la jurisprudence *Marckx*⁴⁴ en 1979, la Cour européenne, consciente de l'évolution de la société et des nouveaux liens familiaux, a adopté une approche plus large de la famille. En somme, pour la Cour européenne, « *la vie familiale ne s'attache plus systématiquement au fait juridiquement enregistré (filiation, mariage) pour s'attacher à la réalité des liens vécus* »⁴⁵. Elle inclut les proches parents : -l'épouse (même en l'absence de cohabitation), -les concubins, -les parents⁴⁶, -les grands-parents, -les frères et sœurs⁴⁷, -les enfants naturels⁴⁸ et -les enfants adoptés⁴⁹. La Cour va jusqu'à considérer que des liens unissant un couple de transsexuels et leur enfant né par insémination artificielle avec donneur, entre dans la notion de « famille »⁵⁰.

En revanche, certaines relations en sont exclues. C'est le cas de la polygamie, qui n'est pas admise par le droit européen. Les relations homosexuelles n'entrent pas non plus dans la définition de la « famille » selon le droit européen⁵¹. Malgré l'évolution des mentalités sur l'homosexualité, le droit européen ne reconnaît pas « la conjugalité homosexuelle ». Le juge européen ne s'intéresse à l'homosexualité que sur la base de la vie privée⁵². Il protège l'homosexuel en tant qu'individu sous l'angle de la vie privée et donc il ne reconnaît pas les relations d'un couple homosexuel au sens de la vie familiale.

Ainsi, comme dans le contentieux des étrangers le juge européen a une « approche familiale » de l'article 8, les relations homosexuelles ne permettent pas aux étrangers d'être protégé contre l'éloignement ou d'obtenir un droit au séjour.

familiale » et d'autre part au glissement de l'analyse de la « vie privée » vers la « vie familiale », in *Le droit de la vie familiale au sens de la CEDH, Actes du Colloque du 22 et 23 mars 2002*, p. 31-32.

⁴⁴ *Affaire Marckx c. / Belgique*, arrêt du 13 juin 1979 (série A n° 31, p. 21 § 45.). Cf. CEDH 13 juillet 2000 *Elsholz*, §43.

⁴⁵ MILLARD E., *op. cit.*, p. 171.

⁴⁶ CEDH *Berrehab*, du 21/06/1988 N° 00010730/84, COHEN-JONATHAN G., « Sur quelques aspect récents de l'activité de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RIDE*, 1989, p. 173-175, PETTITI L.-E. et TEITGEN F., « Droits de l'Homme », *RSCDPC*, 1988, p. 845-846, ROLLAND P. et TAVERNIER P., « Chronique de jurisprudence de la Cour EDH », *JDI*, 1990, p. 822-823.

⁴⁷ Pour apprécier les liens familiaux de l'immigré de seconde génération, la Cour retient les relations parents-frères-sœurs, dès lors que rien ne montre que les relations sont rompues, *CEDH Beldjoudi c/ France*, 26 mars 1992, série A, N° 234-A, CARLIER J.-Y., « Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés ? », *RTDH*, 1993, 1993, p. 449-466. COUSSIRAT-COUSTERE V., « La jurisprudence de la CEDH en 1992, » *AFDI*, 1992, p. 696 et s., LESCENE P., « *L'affaire Beldjoudi c/ France* », *Cahiers du CREDHO*, N° 1, 1994, p. 81-94., *Boughanemi c/ France*, 24 avril 1996, rec. 1996 II, p. 607-608, *El Boujaïdi c/ France*, 26 septembre 1997, rec. 1997-IV, *Boujlifa c/ France*, 21 octobre 1997, rec. 1997-VI, *Baghli c/ France*, 30 novembre 1999. Le juge administratif retient aussi les relations fraternelles CE 21 octobre 1994, *Mohamedi*, rec. 148563.

⁴⁸ Application au droit des étrangers : le 6 décembre 1991, N° 1567/89, *R Abbas c/ France*, rapport Commission, 7 juillet 1992, article 28 § 2.

⁴⁹ *X c/ Belgique et Pays Bas*, 10 juillet 1975, N° 6482/74, DR 7, p. 5., *X c/ France*, 5 octobre 1982, N° 9993/82, DR 31, p. 241.

⁵⁰ CEDH *X, Y, Z c/ RU*, 22 avril 1997, DR 12, p. 32.

⁵¹ Comm.EDH *X. et Y c./ RU*, 3 mai 1983, DR 32, p. 320 N° 9369/31., Comm.EDH, 13 juillet 1987, *W. j. et D. P. c/ RU*. (non publiée), Comm. 10 février 1990, *D. c/ RU*, et 9 octobre 1989, C. et L. M. req. N° 14753/89.

⁵² CEDH *Dudgeon c/ RU*, 23 octobre 1981, *Norris c/ Irlande*, 26 octobre 1988., MEYER C.-A., « L'homosexualité dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'Homme », in *Homosexualité et droit*, (sous la direction de BORILLO D.), PUF, 1998, p. 153-179., DE SCHUTTER O., « La fonction de juger et nouvel aspect de la vie privée : la pleine reconnaissance », in *Homosexualité et Droit*, Paris PUF, 1998, p. 64-93., SPIRY E., « Homosexualité et Droit international des droits de l'Homme, vers une nouvelle donne en Europe », *RTDH*, janvier 1996, p. 44-66., MÉCARY C., *op. cit.*, p. 31-46.

2) L'approche autonome de la « vie privée » et de la « vie familiale » du juge administratif : *l'inclusion des relations des couples homosexuels étrangers*

De son côté le juge administratif a longtemps fonctionné comme le juge européen, en se basant uniquement sur la seule vie familiale. L'étude de la vie privée⁵³ lui paraissait alors délicate et trop complexe. Cette pratique était d'ailleurs encouragée par la politique migratoire qui ne protège que le lien familial⁵⁴ (regroupement familial, catégorie d'étrangers protégés de l'éloignement et les circulaires de régularisation sur motifs familiaux etc.).

Pourtant cette « approche enveloppante » de la vie privée et familiale a conduit à exclure du principe de l'article 8 les étrangers célibataires⁵⁵. Présents en France depuis de longues années, ils ne disposaient d'aucune protection puisqu'ils n'entraient pas dans « une famille » et ce, même si leur vie privée était intense. Les couples homosexuels ont aussi été exclus de l'analyse familiale faite par le juge administratif.

Progressivement, le juge administratif a reconnu l'autonomie du respect de la vie privée⁵⁶. Il s'est orienté vers une approche séparée de la vie privée et de la vie familiale de l'étranger. Grâce à cette analyse autonome des concepts, il peut désormais apprécier le poids des relations homosexuelles dans la vie privée de l'étranger face à une mesure administrative. De ce fait, ce sont les tribunaux administratifs⁵⁷ sans doute parce qu'ils étaient plus proches des étrangers requérants qui, les premiers se sont intéressés à la vie privée dans des cas de reconduite à la frontière ou d'expulsion. Deux arrêts du Conseil d'État ont confirmé et ouvert la porte à l'analyse séparée de la vie privée / vie familiale avec les arrêts⁵⁸ du 28 avril 2000 *Préfet des Alpes maritimes c / M. Maroussitch* et du 28 juillet 2000⁵⁹ *Préfet de police c / M. Diaz Grozco*⁶⁰.

⁵³ Longtemps timide sur le principe du respect de la vie privée, le Conseil constitutionnel a récemment proclamé sa valeur constitutionnelle sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, Décision n° 2003-467 du 13 mars 2003 sur la loi de la sécurité intérieure, § 19.

⁵⁴ VAN MUYLDER C., « Le droit au respect de la vie privée des étrangers, une application novatrice de l'article 8 de la CEDH des droits de l'Homme dans le contentieux des étrangers », *RFDA* 17 (4), juillet-Août 2001, p. 801.

⁵⁵ CE 16 mai 2001, *Grem*, req. 225981.

⁵⁶ Voir analyses des arrêts CE 29 décembre 1995 *Chergui*, req. 163038, CE 30 octobre 1996 *Mohammedi*, req. 148563, p. 418., CAA Paris, 23 janvier 1997 *Hamlaoui*, N° 96PA01237 conclusion, *RDP* 1997, p. 1165., CE 18 septembre 1996, req. N°158531, in VAN MUYLDER C, *op. cit.*, p. 800 et s.

⁵⁷ TA Rouen, 30 juillet 1997 *Konaté*, TA Rouen 31 décembre 1997 *Martely*, req N° 97746-97747. Voir analyse de VAN MUYLDER C., *op. cit.*, p. 804. Sur le PACS : TA Toulouse 10 juillet 2000, n° 00/ 2410 *Abderrahim Zahri / Préfet Haute Garonne*, TA Lyon, 6 avril 2000 *Nadir Oucia c/ Préfet du Rhône*, rec. N° 0001402, TA Clermont Ferrand, 11 octobre 2000, *Rached Arfa c/ Préfet du Puy de Dôme*, req. N° 0001732.

⁵⁸ Ces deux espèces ont confirmé une jurisprudence encore embryonnaire (TA Paris 19 juin 1998 *Tandjigora c/ Préfet de police de Paris* : Plein droit N° 44, décembre 1999) à l'époque, sur la vie privée. CE 19 mars 1997, *Soudani* req. N° 139876, p. 820. « *que Mr Soudani, ressortissant tunisien, est né en France en 1966 et y a toujours vécu, que toute sa famille réside en France et il n'a aucune attache familiale avec le pays dont il possède la nationalité, que par suite, si l'intéressé s'est rendu coupable de plusieurs vols avec effraction ou à main armée, la mesure d'expulsion prise à son encontre a, eu égard à la gravité de l'atteinte portée à sa vie privée, excédé ce qui était nécessaire à la défense de l'ordre public, que dans ces conclusions, elle a été prise en violation de l'article 8 de la Convention précitée* ». ; CE 27 octobre 2000, *Préfet de la Loire c/ M. Hamlaoui*, req. N° 212517. ; Voir aussi la décision du TA de Besançon, 12 janvier 1995, *Mme Esther c/ Préfet du territoire de Belfort*.), elle a clairement permis, au juge administratif, d'annuler sur le motif de la vie privée, une mesure d'éloignement.

⁵⁹ Req. 208925.

⁶⁰ Req. 212729. « *Considérant que si M. Diaz Orozco soutient que, depuis son entrée en France en 1988, il vit en couple avec un ressortissant colombien, qui a bénéficié d'une mesure de régularisation en 1991 et qui est titulaire*

Le premier arrêt admet clairement l'atteinte à la vie privée d'un étranger, compagnon d'un français souffrant d'un handicap physique. Le Conseil d'État parle d'un degré d'intégration suffisant et estime que l'étranger apporte un soutien affectif et moral, indispensable à son compagnon. Le second arrêt n'a pas permis d'annuler la mesure d'éloignement car le compagnon étranger disposait encore d'attaches dans son pays d'origine, mais il a eu le mérite de s'intéresser lui aussi à la vie privée. Ces arrêts ont permis pour la première fois de protéger des étrangers jusqu'alors exclus. Avec ces récentes décisions du Conseil d'État, le juge administratif étend la protection de l'étranger et érode un peu plus, les prérogatives de l'État en matière d'éloignement ou d'admission au séjour des étrangers. En effet, en sanctionnant les mesures d'éloignement au seul motif de l'atteinte à la vie privée, le juge administratif élargi le champs dans lesquels l'étranger est protégé. Désormais, les couples homosexuels sont reconnus à condition de remplir les exigences de stabilité de la relation. Incontestablement, la Cour européenne a donné au juge administratif les conditions essentielles de cette jurisprudence, mais c'est lui, qui par son travail, a amorcé cette nouvelle protection de l'étranger, en intensifiant l'examen de l'intégration personnelle de l'étranger en France, par le biais de la vie privée issue de l'article 8 de la CEDH.

B/ Une avancée symbolique : *la conclusion d'un PACS est un élément d'analyse de la vie privée de l'étranger*

La loi du 15 novembre 1999⁶¹ relative au PACS prévoit dans son article 12⁶² que « *la conclusion d'un PACS constitue l'un des éléments d'appréciation des liens personnels en France, au sens de l'article 12 bis 7 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 (...), pour l'obtention d'un titre de séjour* ». Cet article 12 de la loi, consacre « *l'autonomie des deux notions de vie privée et familiale, puisque la délivrance d'un titre de séjour peut désormais être envisagée au seul vu des liens personnels établis en France, à l'exclusion de toute référence à la sphère familiale* »⁶³. Même si cette possibilité est laissée à une large appréciation des autorités administratives, l'arrivée du PACS parmi les éléments permettant d'examiner les liens personnels ou privés pour l'octroi d'un titre de séjour est une avancée symbolique considérable.

La circulaire du 10 décembre 1999⁶⁴ qui précise la loi relative au PACS, souligne que l'octroi du titre de séjour (12 bis 7 de l'ordonnance de 1945) dépend de « *la stabilité et*

d'une carte de résident, il ne conteste pas avoir conservé des liens familiaux en Colombie ; qu'il ne produit, en outre, aucun document établissant son insertion durable dans la société française ; qu'il résulte ainsi des pièces du dossier que, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, et notamment de la durée et des conditions de séjour de l'intéressé, et eu égard aux effets d'une mesure de reconduite à la frontière, l'arrêté du Préfet de police n'a pas porté aux droits de l'intéressé au respect de sa vie privée une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels a été pris ledit arrêté ». voir FERRAN N., « Les étrangers ont-ils une vie privée », *Revue Plein Droit*, 47/48, janvier 2001, p. 18-21.

⁶¹ Loi du 15 novembre 1999, JO 16 novembre 1999, p. 16959., HAUSER J. « Aujourd'hui et demain le PACS », *RJPF*, 1999 8/ 12, et 1999 9/12.

⁶² Voir l'article PANSIER F.-J., « Obtention d'une carte de séjour « vie privée et familiale » par le signataire d'un PACS : une réponse ministérielle restrictive », *RJPF*, N° 5, mai 2000, p. 10-11.

⁶³ FOURNALES R., « La protection des situations personnelles et de la vie privée en droit des étrangers, prolégomènes à l'arrêt GISTI du Conseil d'État du 30 juin 2000 », *JDI*, 2, 2001, p. 480.

⁶⁴ Circulaire du 10 décembre 1999, relative à l'application de l'article 12 bis 7 de l'ordonnance N°45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée aux partenaires d'un pacte civil de solidarité (PACS), N° NORINT/D/00251/C. La circulaire a été partiellement annulée par le Conseil d'État, le 22 juillet 2002, N° 231158, *GISTI, LDH, Femme de la terre*.

l'ancienneté » de la relation. Cette condition est déjà exigée pour les relations familiales de concubinage⁶⁵, elle a naturellement été intégrée aux textes traitant du PACS. Ces deux exigences de « *stabilité et d'ancienneté*⁶⁶ » ont été très critiquées car elles rendent aléatoires les chances d'obtenir une carte de séjour pour les partenaires « pacsés »⁶⁷. En effet, l'examen de ces deux paramètres est censé mesurer le degré de la vie privée du requérant ; mais leur estimation est laissée au bon vouloir de l'administration, ce qui laisse la porte ouverte à toutes les appréciations. Trois décisions des tribunaux administratifs de Toulouse⁶⁸, de Lyon⁶⁹ et de Clermont Ferrand⁷⁰ illustrent ce côté incertain. Elles refusent de retenir l'atteinte à la vie privée « *compte tenu de la durée et des conditions de séjour de l'intéressée en France et eu égard au caractère récent des relations nouées dans le cadre du PACS* ».

Pour apprécier l'ancienneté de la vie privée de l'étranger, la circulaire a posé un délai minimum pour les relations « pacsées ». Un délai de cinq ans⁷¹ a d'abord été exigé pour le ressortissant étranger pacsé à un autre ressortissant étranger et un délai de trois ans pour un ressortissant étranger pacsé à un français ou un ressortissant communautaire. Mais, cette circulaire a été partiellement annulée par une décision du Conseil d'État, le 29 juillet 2002⁷². A la suite de cet arrêt, ce délai a été ramené à un an pour tous les « pacsés » pour satisfaire une totale égalité de traitement. Désormais tous les couples homosexuels peuvent demander une carte mention *vie privée et familiale* au bout d'un an de vie commune.

C/ Des conséquences juridiques réduites

La première version du projet de loi relative au PACS, permettait la délivrance de plein droit d'un titre de séjour à l'étranger ayant conclu un PACS avec un Français ou un autre étranger, après un délai d'un an et sous réserve d'une entrée régulière. La version finalement présentée que l'on vient d'étudier en est très éloignée. Le PACS ne constitue qu'un élément dans l'appréciation de la vie privée⁷³. A lui seul il ne permet pas de délivrer un titre de séjour de plein droit.

La discrimination entre couple homosexuel et couple hétérosexuel subsiste donc. En effet un couple hétérosexuel « pacsé » peut toujours se marier et bénéficier ainsi du regroupement familial. Ceci n'est pas possible pour le couple homosexuel, et même si le problème du mariage des couples de même sexe est souvent abordé, il est encore loin d'être réglé.

⁶⁵ Cf. Circulaire du 12 mai 1998 NOR/ INT/ D/ 98/ 00108 C.

⁶⁶ Cf. exemple sur le caractère récent du PACS face à une reconduite à la frontière : CE 12 novembre 2001, *Elghebir*, req. N° 233513., CE 28 décembre 2001 *Joncker*, req. N° 234198., CE 20 décembre 2002, *M. Jinbao X.*, Req. N° 244205. CE 20 décembre 2002, *M X.*, req. N° 244208. Par contre dans la décision du CE 3 mars 2003, *M. Papa Alioune Maxime X.*, N° req. 248763, cinq ans de vie commune et 1 an de PACS ont permis d'annuler la reconduite à la frontière en raison de l'atteinte à la vie privée de l'étranger.

⁶⁷ FULCHIRON H., note sur TA Lyon, 6 avril 2000, rec. 0001402, *JCP* 2000, II, 10349.

⁶⁸ TA Toulouse 10 juillet 2000, n° 00/ 2410 *Abderrahim Zahri / Préfet Haute Garonne* : « *Considérant qu'eu égard à la circonstance que M. Zahri ne justifie pas d'une relation d'une stabilité suffisante avec la personne avec laquelle il a conclu un pacte civil de solidarité et compte tenu des effets d'une mesure de reconduite à la frontière, l'arrêté préfectoral du 30 juin 2000 n'a pas porté au droit de l'intéressé au respect de sa vie privée une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels il a été pris (...)* ».

⁶⁹ TA Lyon, 6 avril 2000 *Nadir Oucia c/ Préfet du Rhône*, rec. 0001402

⁷⁰ TA Clermont Ferrand, 11 octobre 2000, *Rached Arfa c/ Préfet du puy de Dôme*, req. N° 0001732.

⁷¹ Délai exigé pour prouver la stabilité du concubinage.

⁷² CE 29 juillet 2002, N° 231158, *GISTI, LDH, Femme de la terre*.

⁷³ FULCHIRON H., « Le PACS et le droit des étrangers », Hors série 1999, *Revue Droit de la famille*, p. 44-45.

Sur le plan de la protection contre l'éloignement, l'étranger « pacsé » ne dispose d'aucune garantie légale, et ce, même si la relation qu'il a noué est ancienne. Le conjoint étranger d'un ressortissant français est protégé contre certaines mesures d'éloignement par l'article 25 de l'ordonnance de 1945. L'étranger « pacsé » n'est pas intégré dans cette catégorie de ressortissants étrangers protégés contre les mesures d'expulsion et de reconduite à la frontière. Pour remédier à cet état du droit, une proposition de loi⁷⁴ a tenté d'aligner les garanties apportées par le mariage sur celle du PACS en matière de protection contre l'éloignement. Cette proposition si elle avait été adoptée⁷⁵, aurait permis d'intégrer les étrangers « pacsés » dans la catégorie d'étrangers protégés contre les mesures d'éloignement.

Enfin, le PACS n'entraîne aucune conséquence sur le droit de la nationalité. La conclusion d'un PACS, ici encore, ne constitue qu'un élément d'appréciation pour « la condition d'assimilation⁷⁶ à la communauté française ». L'acquisition de la nationalité étant une faveur étatique et non un droit, le poids du PACS est alors très réduit. La conclusion d'un PACS avec un français ne permet pas à l'étranger pacsé d'acquérir la nationalité comme c'est le cas pour un étranger marié avec un ressortissant français. Là encore, le couple homosexuel est défavorisé par rapport au couple hétérosexuel, ce dernier pouvant toujours se marier pour acquérir la nationalité. Au moment de l'adoption de la loi relative au PACS, une proposition du groupe parlementaire communiste visait à accorder la nationalité française à l'étranger « pacsé » avec un français depuis au moins un an et à condition que la vie commune n'ait pas cessé. Cette dernière n'avait pas été retenue par le Parlement.

Il est utile de souligner que, si le PACS et ses conséquences juridiques en droit des étrangers ont eu le mérite d'innover en donnant une place aux relations homosexuelles, cette place reste limitée et les conséquences juridiques demeurent aléatoires. Le PACS a permis de créer « un statut de seconde zone » pour le couple homosexuel face au même couple hétérosexuel.

La règle de droit a jusqu'ici reproduit le modèle dominant de la famille dans le droit de l'immigration. On attend aujourd'hui du droit et du politique qu'ils se montrent moins frileux et impulsent un changement qui corresponde aux évolutions de la société et mette fin aux discriminations.

Christel Cournil
ATER en Droit Public
Université des Sciences Sociales de Toulouse 1

⁷⁴ Proposition de loi AN N° 380, 19 novembre 2002, Rapport AN, N° 395, 26 novembre 2002 : l'article 2 § I. - Le 4° de l'article 25 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers et portant création de l'Office national d'immigration est ainsi rédigé : «4° *L'étranger, marié ou ayant conclu un pacte civil de solidarité, depuis au moins un an avec un conjoint ou un partenaire de nationalité française, à condition que la communauté de vie n'ait pas cessé et que le conjoint ou le partenaire ait conservé la nationalité française* ».

⁷⁵ Cette proposition a été rejetée le 28 novembre 2002 par Assemblée Nationale.

⁷⁶ Article 21-24 du Code Civil.